V.

Erfahrungen über die Wirksamkeit der k. hannoverschen Civilproceßordnung.

Von

Herrn Breitling,

Justizreferentär in Eßlingen.

(Fortsetzung des Aufsatzes Nro. XIV. im vorigen Bande.)

Man könnte Angesichts dessen mit einigem Rechte die Frage aufwerfen, ob nicht zu Ersparung von Kosten und Zeit namentlich bei der Beweisantretung die bloßen schriftlichen Anträge als vollständig genügend erscheinen und von einer lediglich den Beweisantritt bezweckenden mündlichen Verhandlung, freilich auf Rechnung des Princips, abgesehen werden könnte. [s. Proc.=Ordg. §. 223. 235.]

Die Mehrzahl Hannoverscher Praktiker verneint diese Frage, und hält auch hier den von der Proceßordnung eingeschlagenen Weg für den richtigeren. Einmal hat die Erfahrung gelehrt, daß gegenüber dem früheren Verfahren heutzutage die Vorbereitungen zur Beweisaufnahme immer noch schneller erledigt werden. Dann aber ist gerade der Beweisantretungstermin insofern von großer Bedeutung, als der Richter durch denselben häufig in den Stand gesetzt ist, über den Urkunden=Beweis definitiv zu entscheiden; [s. Proceßordnung §. 327—329.] als die Einwendungen gegen die Zulässigkeit von Zeugen und Sachverständigen oder bezüglich der Thatumstände, über welche dieselben zu vernehmen, [Proceßordnung §. 256—276.] durch die gegenseitige gleichzeitige Verhandlung und sachgemäße Fragen insoweit sofort klar gestellt werden können, daß über die Frage, wer und worüber zu vernehmen, ohne Weiteres entschieden werden kann. Schriftliche Beweis=Antretung würde allerdings in manchen Fällen dem Gericht eine Ermüdung ersparen, dagegen würden für Beweis= und Gegenbeweis=Antretungen und deßfallsige Erklärungen vier Schriftsätze und sodann ein besonderes Referat in öffentlicher Sitzung erforderlich werden, um über die Beweis=Antretung zu erkennen, die Beweisaufnahme zu verfügen. Nach einem Bericht

aus H. vom 1. März 1855 iſt der Uebelſtand, daß das ganze Collegium mit Sammlung und Aufzeichnung von Nachrichten beſchäftigt wird, die für die Entſcheidung von keinem unmittelbarem Intereſſe ſind, nach Analogie des §. 460 ff. und mit Zuſtimmung der Parteien zwar auch ſchon dadurch beſeitigt worden, daß in geeigneten Fällen ein Rath mit der Abhaltung des Termins beauftragt wurde. Allein wenn auch die Frage nach der Zuläſſigkeit eines ſolchen Verfahrens überhaupt (Pr.-Ordg. §. 223) zu bejahen wäre, ſo hat doch gewiß das Verfahren vor dem Gerichte ſelbſt die Regel zu bilden, ſchon deßhalb, damit der Vortheil, entſtehende Incident-Streitigkeiten ſofort zu entſcheiden, erreicht werden kann.

Wie ſchon oben angedeutet, genügt auch regelmäßig dieſer Eine Termin zu definitiver Erledigung der Sache, wenn ſich die Beweisführung beſchränkt auf Urkunden und Eid; das Definitiv-Erkenntniß ſchließt ſich dann ſogleich an dieſe Verhandlung an, und beſeitigen ſich für dieſen Fall die oben dem Proceßſtadium vorgeworfenen Mängel von ſelbſt.

Nur dann, wenn der Beweis durch Augenſchein, Zeugen oder Sachverſtändige angetreten wird, muß die Beweisaufnahme von der Antretung getrennt werden. —

Nachdem wir die bezüglich der Beweisantretung geltenden Beſtimmungen als beizubehalten bezeichnet haben, iſt nunmehr in Kürze auch noch darauf Rückſicht zu nehmen, wie in einem Beweisaufnahmetermin die nothwendige ſchriftliche Fixirung herbeigeführt iſt. Wenn hiebei die Regel der Proceßordnung eingehalten wird, und die Aufnahme in der Sitzung des Proceßgerichts erfolgt (Proceßordg. §. 224), ſo hat ſich hieran regelmäßig auch die Beweisausführung anzuſchließen, das Ergebniß der Beweisaufnahme wird bleibend und beweiſend fixirt durch das darüber aufzunehmende Protokoll; (z. B. Proceßordg. §. 265.) die beweisausführenden Vorträge der Parteien gründen ſich auf das ſo eben Wahrgenommene und Gehörte, und ſind regelmäßig durch keine Schriften vorbereitet (ſ. Proceßordg. §. 235), das Collegium aber wird unbedenklich auf den Grund der vor ihm ſtattgehabten mündlichen Verhandlung ſein Erkenntniß abgeben können; ja gerade die Aufnahme der Beweismittel vor dem zur

Entscheidung berufenen Richter, der lebendige unmittelbare Eindruck, welchen dieselbe auf ihn ausübt, bieten die Garantie für ein dem gelieferten Beweismaterial entsprechendes Urtheil; der in das Urtheil aufzunehmende Thatbestand, welcher bezüglich des dem Rechtsstreit zu Grunde liegenden Factums regelmäßig auf die Darstellung im Beweiserkenntniß verweisen wird; gibt dann hinlänglich Zeugniß von den durch die Beweisausführung hervorgerufenen Anträgen und etwaigen thatsächlichen Behauptungen der Parteien, die Aufnahme eines förmlichen Protokolls für die Beweisausführung erscheint vollständig überflüssig [Bericht aus H. vom 1. März 1855.] Erfolgt aber die Beweisaufnahme vor einem Mitgliede des Proceßgerichts oder einem Amtsgerichte, so sind auch hier wieder das über dieselbe aufzunehmende Protokoll (Proceßordg. §. 233), die den Beweisausführungstermin vorbereitenden schriftlichen Anträge (Proceßordg. §. 235), das auf Grund der Protokolle über die erfolgte Beweisaufnahme zu erstattende Referat des Gerichtsmitglieds in dem letzteren Termine (Proceßordg. §. 236) und der Thatbestand im darauffolgenden Endurtheil genügende Mittel, das Beweismaterial bleibend zu sichern, die Beweisausführung, was übrigens häufig nicht einmal nothwendig sein wird, weiter vorzubereiten, und den Parteianträgen eine beweisende Grundlage zu geben.

Muß hienach die Verbindung, in welche nach der hannoverschen Proceßordnung Mündlichkeit und Schrift gesetzt sein soll, namentlich die Bedeutung, welche darin der Schrift zukömmt für die Zwecke der ersten Instanz als erfahrungsmäßig im Allgemeinen durchaus richtig und genügend bezeichnet werden, so fragt sich ob dasselbe auch von der Appellationsinstanz gesagt werden darf.

Wenn man davon ausgeht, daß die Proceßordnung auch in zweiter Instanz den Grundsatz der Mündlichkeit in derselben Weise, wie in der ersten Instanz, strenge durchgeführt hat, wenn man erwägt, daß die Vorakten, so weit sie aus Anträgen der Parteien und Sitzungsprotokollen bestehen, auch hier keineswegs die Grundlage für die richterliche Entscheidung abzugeben haben, daß vielmehr die Berücksichtigung des thatsächlichen Parteivorbringens der ersten Instanz in der Berufungsinstanz durch Wiederholung des-

selben in der mündlichen Berufungsverhandlung bedingt ist, den Voracten demnach nur in sofern Bedeutung gegeben wird, als sich von den Verhandelnden in ihren Anträgen ausdrücklich darauf bezogen werden will (Proceßordg. §. 96), [Leonhardt, Berufung S. 77 ff.] so sind im Allgemeinen bezüglich der zu erörternden Frage auch wieder dieselben Erfahrungen zu bezeugen, welche im bisherigen bei dem Verfahren erster Instanz mitgetheilt worden sind.

Trotz dieser selbstständigen Stellung der Appellationsinstanz tritt aber gleichwohl der Natur der Sache nach in verschiedenen Richtungen eine gewisse Verbindung und Beziehung zwischen beiden Instanzen hervor. Die Erste bildet vor Allem die Voraussetzung, und in mehreren Punkten auch die bestimmende und unveränderliche Grundlage der Zweiten; wir verweisen auf die Resultate der Beweisaufnahme, auf die Wirkungen eines bereits in erster Instanz abgelegten gerichtlichen Geständnisses. [Leonhardt, Berufung S. 86. 87.] Das Berufungsverfahren erscheint als eine Fortsetzung des erst-instanzlichen, und gerade diese seine Natur bestimmt wieder sein Maß und seine processualisch richtigen Grenzen. Es hat den Zweck, die materielle Gerechtigkeit des ersten Urtheils zu prüfen; [Bericht aus H. den 1. März 1855.] weiter als dieser Zweck erfordert, darf das Verfahren nicht ausgedehnt werden; besonders schädlich ist es daher, wenn Thatsachen, welche in früherer Instanz zugestanden worden sind, von Neuem in Zweifel gezogen werden können, wenn ferner der Fall nicht zu den Seltenheiten gehört, daß Gewißheit über den Umfang des Vorbringens vor dem Unterrichter nicht zu erheben ist und wenn überhaupt lange Incident-Streitigkeiten über die Ergebnisse der ersten Instanz möglich sind.

Fragt man, ob die Proceßordnung für Hannover hinreichende Vorsorge getroffen habe, daß die Verhandlungen in erster Instanz in so weit sicher beurkundet werden, als erforderlich ist, um das Verfahren zweiter Instanz in den gehörigen Schranken zu halten, so müssen wir allerdings zur Antwort geben: Vollständig fixirt sind dieselben nirgends; denn bezüglich der Parteianträge und des Sitzungsprotokolls kommt, falls nicht im Thatbestand sich auf dieselben bezogen wird, die Bestimmung des §. 101. 102 der Proceßordnung zur Anwendung; der Thatbestand selbst aber ent-

hält erfahrungsmäßig häufig nur, um einen Ausdruck des Genfer Proceßgeſetzes zu gebrauchen, les questions de fait posées par les juges. art. 107, 4. Wie wir oben ſchon nachzuweiſen verſucht haben, iſt ein ſolcher Mangel für die unterrichterliche Entſcheidung regelmäßig von keiner Bedeutung; von Wichtigkeit wird er möglicherweiſe erſt in der Appellationsinſtanz; wenn es ungewiß iſt, ob Thatſachen, welche hier vorgetragen werden, ſchon bei dem Unterrichter vorgekommen ſind oder nicht, wenn es ſich darum handelt, in welchem Umfang die Parteien von den in ihren ſchriftlichen Anträgen enthaltenen Angriffs- und Vertheidigungsmitteln Gebrauch gemacht haben. Allein für ſolchen Fall wird durch das von der Proceßordnung aufgeſtellte beneficium novorum ausreichende Hilfe gewährt; ein eigentlicher Uebelſtand ſomit regelmäßig nur bei der andern Möglichkeit eintreten, daß eine Thatſache in erſter Inſtanz mündlich vorgebracht, auch daſelbſt entweder ausdrücklich oder ſtillſchweigend zugeſtanden, bei ihrer Irrelevanz für die unterrichterliche Entſcheidung aber als zugeſtanden nicht in den Thatbeſtand aufgenommen, auch nicht im Sitzungsprotokoll bemerkt iſt. Wird nunmehr in zweiter Inſtanz dieſes Zugeſtändniß geläugnet, ſo hat allerdings der andere Theil die Befugniß, das behauptete frühere Geſtändniß zu beweiſen; er hat auch dieſe Mühe zunächſt ſeiner eigenen Nachläſſigkeit zuzuſchreiben. [Proc.-Ordg. §. 360. 117.] Die Rückſicht, ſolche für ein mündliches Verfahren mehr oder weniger ſtörende Incident-Streitigkeiten möglichſt zu vermeiden, führt aber gleichwohl zu dem ſchon früher näher ausgeführten Wunſch, durch die Anordnung einer größeren Vollſtändigkeit der Darſtellung des Thatbeſtands im Urtheil auch dieſem Uebelſtand thunlichſt geſteuert zu ſehen, und ſo den einzigen Mangel zu heben, welcher nach dem Urtheil erfahrener Praktiker, bezüglich der Art und Weiſe der ſchriftlichen Fixirung im hannoverſchen Proceß für das Berufungsverfahren, aber auch nur für dieſes ſich etwa ergeben hat.

Auch nachdem ein Urtheil rechtskräftig geworden iſt, kann es endlich nöthig werden, die früher gepflogenen Verhandlungen zu Rathe zu ziehen, wir erinnern an die Möglichkeit einer Executions-Inſtanz, an das Vorſchützen der exceptiore judicatae in einem neuen Proceß ꝛc. Allein die Punkte, auf welche es

hier ankommt, sind regelmäßig in den vorangegangenen Erkenntnissen vollständig fixirt, eine weitere Beurkundung, als die so eben in der Berufungsinstanz für genügend erkannte erscheint für solche Zwecke durchaus unnöthig.

Wir schließen hiemit den bisher gemachten Versuch, in Durchgehung der einzelnen möglichen Proceßstadien die Art und Weise der Durchführung des Mündlichkeits-Princips und sein Verhältniß zur Schrift im hannoverschen Proceß an der Hand der Erfahrung zu betrachten. Die diesem Versuch vorangehenden und in ihm enthaltenen Zeugnisse der ersten Praktiker des Landes werden zunächst wenigstens so viel zur Genüge dargethan haben, daß, ganz abgesehen von den etwa später noch besonders zu besprechenden äußerst günstigen Resultaten für die Rechtsverwaltung im Allgemeinen, ein wahrhaft mündliches Verfahren in bürgerlichen Rechtssachen ohne Nachtheil durchführbar, daß es im Königreich Hannover mit Glück durchgeführt ist, daß aber auch eine solch glückliche Durchführung nur dann möglich erscheint, wenn man frei von Mischungsversuchen, sich nicht scheut, der Unmittelbarkeit die volle, ihr gehörige Geltung zu verschaffen. [Bericht aus M. vom 26. März 1855.] Das Princip ausschließlicher Geltung des in der mündlichen Audienz Vorgetragenen, wie es im hannoverschen Processe durchgeführt ist, äußert seinen Einfluß selbstverständlich auch bei der Beantwortung einer Reihe einzelner processualer Fragen, bei der Construction processualer Formen und Einrichtungen, wie sie theilweise der deutsche schriftliche Proceß im Lauf der Zeit ausgebildet und festgestellt hat. Vor Allem tritt uns hier das entgegen, was man die Maximen des Proceßverfahrens zu nennen pflegt.

Es ist bekannt, in welch schroffer Weise das Verhandlungsprincip von dem französischen Processe durchgeführt wird; wir verweisen nur beispielshalber auf den Grundsatz: „il est désaisi", und auf die Einrichtung bezüglich der sogenannten qualités. Auch die bürgerliche Proceßordnung für Hannover huldigt im Allgemeinen dieser Maxime. Wir beziehen uns bezüglich ihrer Gestaltung überhaupt auf die einleitenden Bemerkungen der Regierungsmotive, (s. auch Mittermaier im Civ. Archiv Bd. 33. S. 131] und beschränken uns darauf, hier die Erfahrungen mitzutheilen, zu wel-

chen ihre Durchführung im Einzelnen Veranlaſſung gegeben hat. Einer der hauptſächlich zu beſprechenden Punkte hiebei iſt die Auffaſſung der Proceßleitung, die Frage wie ſich das im ſchriftlichen Proceſſe ausgebildete Proceßleitungsamt des Richters geſtaltet. Daß ein rein mündliches Verfahren zur außergerichtlichen Proceßinſtruction führt, ergiebt der Begriff desſelben mit Nothwendigkeit, wiewohl auch hier wieder Conſequenzen gezogen werden können, und von dem franzöſiſchen Proceß auch gezogen worden ſind, welche den Richter ſchließlich zum Spielball der Parteien machen, ganz abgeſehen von dem möglichen übeln Einfluß auf das materielle Recht. Gerade dieſe Conſequenz iſt es von jeher geweſen, an welcher vom Standpunkt des Proceßpolitikers aus die Unmöglichkeit der reinen Aufnahme des Mündlichkeitsprincips hat gezeigt, ein vom Richter geleitetes Vorverfahren hat vertheidigt und folgeweiſe die Nothwendigkeit eines ſchriftlich-mündlichen Proceſſes hat bewieſen werden wollen.[1])

Die unerquicklichen, maßloſen Ausſchweifungen und Weitläufigkeiten, wie ſie ein Verfahren nach den Beſtimmungen des Code mit ſich bringt, mögen auch in der That die mannigfachen Bedenken gegen die Ueberweiſung der Proceßleitung an die Parteien oder ihre Mittelsperſonen rechtfertigen; und das Princip wäre zu verlaſſen, wenn nicht der franzöſ. Proceß einer Verbeſſerung in dieſer Beziehung durchaus fähig erſchiene, wie er ſie denn auch ſowohl in der Genfer'ſchen als in der hannöverſchen Proceßordnung gefunden hat. Nach der letzteren iſt die Leitung der mündlichen Verhandlung, alſo des eigentlichen Proceß-Verfahrens in die Hand des vorſitzenden Richters gelegt, dagegen liegt die Leitung des Verfahrens außerhalb der Audienz, die Direction der vorbereitenden Vorverhandlungen den Partcien beziehungsweiſe ihren Anwälten ob; Richter und Geſetz greifen hier nur in ſo weit ein, als die Rückſicht auf die Fortleitung eines einmal

1) Gerau in der Zeitſchrift für Civilrechte und Proceß N. F. Bd. 6, S. 248 ff. und die daſſ. S. 250 cit.

Gerau im Civ. Archiv B. 33. S. 425 ff.

(S. dagegen Mittermaier im Civ. Archiv B. 32. S. 410. 412. Bd. 33. S. 139 ff. cfr. Bd. 17. S. 295 u. 300.)

begonnenen Processes dieß erfordert. In der Erfahrung haben sich die einzelnen hierauf bezüglichen Bestimmungen vollständig bewährt.

Nehmen wir zunächst das Verfahren außerhalb der mündlichen Verhandlung, so ist der Einwurf, es biete ein blos unter den Parteien stattfindendes vorbereitendes Verfahren keine genügende thatsächliche Grundlage für die richterliche Entscheidung, [s. besonders Gerau in der Zeitschrift für Civilrechte und Proceß cit. S. 266] bereits früher gewürdigt und widerlegt worden. Dem Uebelstand des französ. Processes, dessen umfassende Vorverhandlungen unter den Anwälten es ermöglichen, daß einzelne Processe jahrelang in den études des avoués liegen bleiben, ehe sie nur überhaupt einmal zur mündlichen Verhandlung gelangen, steuern die Vorschriften vor §§. 143. 187. 189 cfr. §. 405 in genügender durch die Erfahrung erprobter Weise. Mit dem Augenblick, da der Kläger sich entschließt, überhaupt einen Anspruch gerichtlich zu verfolgen, wird auch in bestimmter Weise der Zeitpunkt der entscheidenden mündlichen Verhandlung festgestellt, und eben damit dem nothwendigen außergerichtlichen Instruiren eine Grenze gesetzt, deren Abänderung unter den Bedingungen der §§. 152. 153. 154. der Proceßordnung steht, siehe unten und [Mittermaier im Civ. Archiv Bd. 33. S. 129.] Eine vollständige Garantie für die gedeihliche Weiterführung des einmal begonnenen Processes und ein hinreichendes Schutzmittel gegen Verschleppung, Kosten und Zeitverschwendung bildet sodann die Veranlassung des Grundsatzes, wonach das Gericht aufhört mit dem Rechtsstreite befaßt zu sein, sobald es einmal ein Urtheil erlassen hat, ganz gleichgültig welcher Art dieses sein möchte. Mit den §§. 143. 90. 91. der Proceßordnung cfr. die §§. 3. 4. der Justizministerial=Bekanntmachung vom 27. Septbr. 1852 betr. die Ausführung der allgemeinen bürgerlichen Proceßordnung hat der Gesetzgeber auch den Unzuträglichkeiten abgeholfen, welche das System der rôle in Frankreich nach sich zieht. Der Tadel welchen v. Bothmer gegen diese Bestimmungen der Proceßordnung schleudert, ist gewiß ungerecht, derselbe ist schon von Oppermann in diesem Archiv Band 38. S. 18 zurückgewiesen worden; wir können aus eigener Erfahrung seine Ansicht bestätigen. Die Vertheilung der einzelnen Termine auf die Verhandlungstage

durch die Präsidenten bei dem Obergericht Hannover hat während unsers ganzen Aufenthalts daselbst sich stets als zutreffend erwiesen. Durch das regelmäßige Ausfallen einiger angesetzten Termine, durch gegenseitige Rücksichtnahme der Anwälte aufeinander ist jedenfalls immer das richtige Verhältniß hergestellt, übermäßige Länge wie bedauerliche Kürze vermieden*) worden.

Die sämmtlichen bezüglich der Proceßleitung außerhalb der mündlichen Ver handlung bestehenden Vorschriften weisen übrigens darauf hin, wie den Parteien eigentlich nur die materielle Proceßleitung, die gegenseitige Instruction durch Anträge und Gegenanträge in die Hand gegeben, der mehr formelle Theil derselben aber die Sorge für den gehörigen und gedeihlichen Fortgang des einmal begonnenen Processes gesetzlich in die Hand des Gerichts gelegt ist. Gerade mit dieser Unterscheidung scheint der hannover. Gesetzgeber einen ganz besonders richtigen Weg eingeschlagen zu haben. Mag auch vielleicht eine Thätigkeit des Richters in letzterer Beziehung mit einer streng durchgeführten Verhandlungsmaxime nicht vereinbar sein, so widerstreitet sie doch in keiner Weise dem Princip der Münd-

*) Zum Beweise des oben Gesagten sei es gestattet, die Dauer einzelner Gerichtssitzungen anzugeben, denen wir angewohnt haben, und die Zahl der Fälle zu registriren, welche in ihnen verhandelt, und welche ausgesetzt wurden.

	Datum der Gerichtssitzung.	Zahl der auf dieselbe im Ganzen angesetzt. Termine.	Von diesen wurden verhandelt	auf einseitigen od. beiderseit. Antrag der Parteien ausgesetzt	Dauer der Sitzung.
Großer Senat	20. Dec. 1859	12.	8.	4.	10-2 Uhr.
	22. " "	11.	5.	6.	10-2 "
	29. " "	15.	12.	3.	10-2 "
	31. " "	10.	6.	4.	10-1 "
	3. Jan. 1860	8.	5.	3.	10-2 "
	5. " "	9.	5.	4.	10-3½ "
	7. " "	8.	5.	3.	10-12 "
	10. " "	10.	6.	4.	10-2 "
Kleiner Senat I.	11. " "	4.	4.	"	10-11½ "
	13. " "	8.	8.	"	10-2 "
	19. " "	3.	1.	2.	20-10½ "
Kleiner Senat II.	19. Dec. 1959	15.	?	?	10-3 "

lichkeit, das Letztere ist überdies vollständig gewahrt durch die andere Bestimmung, welche es in materieller Beziehung lediglich den Parteien überläßt, wie sie vor der mündlichen Verhandlung, die in dieser zum Grund zu legenden Thatsachen vorbereitend unter sich mittheilen wollen. Uebertrüge die Proceßordnung auch diese materielle Instruction dem Richter, so wäre damit der Grundsatz der Mündlichkeit entschieden verletzt, sie müßte dann nothwendig auch, die vorhergehende Aufstellung des in der mündlichen Verhandlung vorzubringenden Thatsächlichen peremtorisch vorschreiben, die Letztere sänke zu einer mündlichen Schlußverhandlung herab, und das Verfahren würde aller der Vorzüge beraubt, welche einem wahrhaft mündlichen Verfahren bereits früher erfahrungsmäßig bezeugt worden sind.

In engem Zusammenhang mit der in der bisherigen Richtung dargelegten Stellung der Parteien zur Proceßleitung, stehen verschiedene andere Bestimmungen der Proceßordnung, in welchen sich eine Verwirklichung des Gedankens zeigt, daß die Gegenstände bürgerlicher Rechtsstreitigkeiten, dem freien Verfügungsrechte der Partheien möglichst zu unterwerfen seien. Wir meinen die Grundsätze über Prorogation, Bevollmächtigung im Processe, die Lehre von den Fristen.

Die Lehre von der Prorogation normirt §. 19 der Proceßordnung. Nach demselben bedarf es zu Begründung des prorogirten Gerichtsstands lediglich des übereinstimmenden Willens der Parteien, denen es namentlich auch frei steht, sich an ein der Summe nach unzuständiges Gericht, sei es nun ein höheres oder ein niederes als das an sich competente zu wenden. Das Gesetz kennt nur die Beschränkungen, welche der Abs. 2. des §. 19 und der letzte Satz des Abs. 1. aufführt. In letzterer Beziehung ist übrigens zu bemerken, daß die für die großen Senate gegebene Bestimmung nur eine Beschränkung der vorangegangenen Vorschriften, über vertragsmäßige Prorogation auf ein der Summe nach incompetentes Gericht enthält, also keine Anwendung leidet, wenn die Competenz des angegangenen großen Senats irgendwie sonst begründet ist.

Die leitenden Gedanken, von welchen die Gesetzgebung bei Aufnahme dieser Grundsätze ausgegangen ist, sind in den Regie-

rungsmotiven zu §. 19 niedergelegt. In vorzüglicher Rücksichtnahme auf das Interesse der Parteien sollen die Nachtheile, welche in einzelnen Fällen die Trennung der Gerichtsbarkeit nach Summen mit sich führt, dadurch thunlichst gehoben, überhaupt aber in solcher Erweiterung der Privatwillkür ein Mittel gefunden werden, die Zahl der Streitigkeiten über Competenz zu verringern.

Ob diese Zwecke in Hannover seither erreicht worden sind, ob das Institut der Prorogation, wie es hier ausgebildet, überhaupt empfehlenswerth erscheine, ist eine Frage, welche von Theoretikern und Praktikern schon bejaht von Andern ebenso bestimmt auch verneint worden ist. [Mittermaier im Civ. Archiv Bd. 7. S. 402. Bd. 18. S. 137.] Man hat namentlich die Consequenz bedenklich gefunden, daß die Parteien auch in Streitsachen, welche an sich der Entscheidung durch die Obergerichte unterliegen würden, auf die Amtsgerichte sollen prorogiren können. [Mittermaier im Civ. Arch. Bd. 39. S. 394. 395.] und es ist besonders auch in den ständischen Verhandlungen des Herzogthums Oldenburg vom Jahr 1857 gelegentlich der Berathung der dortigen Bestimmungen über Prorogation von der Regierung und der Mehrheit des ständischen Ausschusses auf die nachtheiligen Erfahrungen hingewiesen worden, welche man in Hannover in Folge der freien Ueberlassung der Sache an die Parteien gemacht habe. Die Zahl der Stimmen, welche sich in Hannover selbst gegen die Vorschriften des §. 19 der Proceßordnung ausgesprochen haben, ist keineswegs unbedeutend. Die juristische Unselbstständigkeit der Parteien auf dem Lande, das Interesse des Landadvokaten, möglichst viele Processe vor die Amtsgerichte zu ziehen, sind die Hauptgründe, mit welchen man die Fehlerhaftigkeit der fraglichen Bestimmungen erfahrungsmäßig zu begründen gesucht hat; daß mit der erweiterten Prorogationsbefugniß in verschiedenen Fällen Mißbrauch getrieben worden ist, unterliegt auch gar keinem Zweifel. [Bericht des OAG. zu C. vom 17. Jan. 1857.
" " LG. " M. " 26. März 1855.]

Allein genauere Nachforschung hat gleichwohl ergeben, daß die Mißbräuche keineswegs so zahlreich aufgetreten sind, um zu einer Abänderung zu berechtigen, daß Unzuträglichkeiten hauptsächlich denjenigen Gerichtsbezirken zur Erscheinung kamen, welche ver-

möge ihres geographischen Umfangs das Reisen der Parteien nach dem Obergerichtssitze erschwerten, daß endlich auch die Mißstände, soweit sie in dem Auftreten von Advokaten ihren Grund hatten, immer seltener geworden sind, je mehr der Anwaltstand in Hannover an der Hand des mündlichen Verfahrens erstarkt ist, und sich die ausgezeichnete Stellung errungen hat, welche er heutzutage behauptet.

Es ist dieses Urtheil der Eindruck einer Reihe von Berichten, welche wir über diesen Gegenstand einzusehen Gelegenheit gehabt haben, wir ziehen aus denselben zuächst die hier ganz besonders entscheidenden statistischen Notizen.

Im Jahr 1858 wurden bei den Amtsgerichten der Obergerichtsbezirke Meppen und Hannover erledigt.

Obergerichtsbezirk Hannover.

NB. bis zum Jahr 1859 ging die Competenz der Amtsgerichte bis zu einer Streitsumme von 100 Thlr. Nach dem Entwurf zur Novelle vom 31. März 1859 sollte dieselbe auf 300 Thlr. erhöht werden.	Proceßsachen außer dem Mahnverfahren. Sachen bis 100 Thlr. Werth.	Sachen in denen das Amtsgericht in allen Fällen zuständig.	Sachen in denen Prorogation eingetreten. bis 300 Thlr. Werth	über 300 Thlr. W.
Stadtbez. Hannover Abthlg. I.	—	17	—	—
Stadtbez. Hannover Abthl. II.	685	94	1	—
Landbezirk Hannover Abthl. I.	4	43	1	2
„ II.	234	41	1	2
„ III.	345	83	„	„
„ IV.	55	35	„	2
AG. Calenberg.	95	49	1	6
„ Eldhagen.	73	32	11	2
„ Wennigsen Abth. I.	44	31	„	„
„ Wennigsen „ II.	64	56	1	„
„ Wunsdorf „ I.	54	35	1	1
„ Wunsdorf „ II.	59	45	2	2
„ Neustadt „ I.	175	68	4	3
„ Neustadt „ II.	108	31	6	6
„ Langenhagen.	102	34	„	„
Summa im Jahr 1858	2097	694	28	25
„ „ „ 1857	2052	723	25	26
„ „ „ 1856	2405	666	43	32

Obergerichtsbezirk Meppen.

Amtsgerichte.	Proceßsachen außer dem Mahnverfahren. Sachen bis 100 Thlr. Werth.	Sachen in denen das Amtsgericht in allen Fällen zuständig.	Sachen in denen Prorogation eingetreten. bis 100 Thlr. Werth	über 300 Thlr. W.
Aschendorf	96	20	17	10
Bentheim	80	36	15	7
Freren.	66	33	13	5
Haselüne.	35	8	9	4
Hümberg zu Söget.	65	12	17	6
Lingen Abthlg. I.	114	19	11	4
Lingen „ II.	11	3	3	3
Meppen „ I.	63	12	2	4
Meppen „ II.	72	11	1	„
Neuenhaus	172	12	28	8
Neuenhaus II.	88	4	13	6
Papenburg.	89	7	13	5
Summa im J. 1858	951	177	142	62
„ „ „ 1857	752	146	109	65
„ „ „ 1856	704	160	81	51
„ „ „ 1855	985	111	85	60
„ „ „ 1854	819	168	136	62

Ueber besonders ungünstige Erfahrungen klagt auch ein Bericht aus Meppen für das Jahr 1853.

In welchem Umfang auf die Amtsgerichte prorogirt wurde, geht weiter aus einem Bericht des Obergerichts N. vom 29. Jan. 1856 hervor; nach demselben sind im Jahre 1855 an den kleinen beziehungsweise Berufungssenat des Obergerichts im Appellationsweg 128 Proceßsachen gebracht worden, und in 24 derselben war die Competenz der Amtsgerichte durch Prorogation begründet, die Zahl der Advokaten des Bezirks betrug in diesem Jahre 25. Betrachtet man die Zahlen der späteren Jahre, so liefern dieselben folgendes Ergebniß:

Im Jahre	kamen ein Appellationssachen vor den Amtsgerichten:	Hierunter sind durch Prorogation an dieselben gekommen:	Zahl der Advokaten des Bezirks.
1856	145	11	25
1857	127	12	22
1858	125	23	23

Die prorogirten Sachen waren aber meistens solche, bei welchen die Competenz nach §. 4 der Proceßordnung zweifelhaft war. Bei dem Obergericht Hildesheim befanden sich im Jahr 1858 unter den 124 eingegangenen Berufungen in Amtsgerichtssachen, 19 weche im Wege der Prorogation an die Amtsgerichte gelangt waren. Bei dem 1ten kleinen Senate des Obergerichts Hannover sind:

Im Semester.	Berufungssachen neu angefallen.	Bei ihnen war die Zuständigkeit des Untergerichts begründet ohne Prorogation	mit Prorogation
Im 1ten Semester 1858	75	69	6
„ 2ten „ 1858	65	64	1
„ 1ten „ 1859	81	78	3
„ 2ten „ 1859	57	53	4

Die mitgetheilten Zahlen bieten zwar insofern keinen bestimmten Anhaltspunkt, als selbstverständlich nicht in jeder Sache, welche prorogando an die Amtsgerichte gekommen sein mag, die Berufung zur Hand genommen wurde; allein sie zeigen doch immerhin einigermaßen, in welchem Umfang auf die Amtsgericht prorogirt zu werden pflegt. Bei weitem seltener ist es vorgekommen, daß in Sachen, für welche an sich die Amtsgerichte zuständig waren, die kleinen Senate der Obergerichte angerufen worden wären. Der Präsident des Obergerichts N. berichtet unter dem

7. April 1855, er habe nicht gehört, daß Sachen, welche ihren Objecten nach vor die Amtsgerichte gehörten, durch Prorogation an das Obergericht gebracht wären, auch sei es selten vorgekommen, daß man sich in Sachen, welche an sich vor die großen Senate gehörten, an die kleinen Senate gewendet habe.

Nach einem Präsidialbericht des kleinen Senats zu H. vom 30. Januar 1858. 1859 sind im Jahre 1857 neu anhängig geworden 179 Sachen I. Instanz;
von diesen fallen in die

Werthclasse	VI.	VII.	VIII.	IX.	X.
	72.	86.	16.	4.	1.

(VIII.–X.: Prorogation.)

Ferner sind im Jahre 1858 neu angefallen
161 Sachen I. Instanz
und kommen hievon in die obigen Classen

65.	89.	6.	0.	1.

(6. 0. 1.: Prorogation.)

Bei dem kleinen Senat des Obergerichts Hannover sind:

im	Civilproceßsachen I. Instanz überhaupt angefallen.	In diesem war das Gericht zuständig an und für sich	durch Prorogat.
I. Semester 1858	189	189	0
II. „ 1858	258	257	1
I. „ 1859	264	264	0
II. „ 1859	182	182	0

Gegenüber diesen statistischen Resultaten hat sich denn das K. Justizministerium schließlich nicht bewogen gefunden, bei Vorlegung des Entwurfs, betreffend Abänderungen, der das bürgerliche Prozeßverfahren bezielenden Gesetze (10. Juli 1858) auch bezüglich der, die Prorogationsbefugniß angehenden Bestimmungen, Modificationen zu beantragen. Hatten auch einzelne Berichte zur Vermeidung etwaiger Unzuträglichkeiten engere Grenzen für die Prorogationsbefugniß verlangt, wollten auch einzelne Stimmen, Verträge der Anwälte bezüglich der Prorogation für verboten und nichtig erklärt wissen, so standen der Regierung doch noch mehrere gewichtige Urtheile zur Seite, welche bei diesem Punkte keinen Uebelstand bemerkt hatten, welche es hervorhoben wie die leidigen

Competenzſtreitigkeiten in erfreulicher Weiſe ſich vermindern, namentlich hatte auch Präſident v. D. unter dem 17. Febr. 1855 berichtet, daß betreffend die Prorogation von ihm bis dahin keine nachtheiligen Erfahrungen gemacht worden ſeien; und in gleicher Weiſe günſtig hatten ſich ferner außeramtlich mehrere hannoveriſche Praktiker ausgeſprochen [2]).

Gewiß mit Recht hält man auch feſt an den Beſtimmungen des §. 19, nicht allein deßhalb, weil ſie richtigen Grundſätzen der Rechtspflege in bürgerlichen Rechtsſtreitigkeiten entſprechen, ſondern hauptſächlich aus dem Grunde, weil bei Durchführung dieſer theoretiſchen Auffaſſung etwaige Unzuträglichkeiten viel ſeltener zu Tage treten, als ſie eine anderweitige Geſtaltung der Lehre namentlich die Beibehaltung der gewöhnlich angenommenen gemeinrechtlichen Grundſätze zur Folge haben würde. Geht man einmal wie man gewiß muß davon aus, daß bei einem mündlichen Civilverfahren auch ſchon in erſter Inſtanz für die Regel Collegialgerichte aufzuſtellen ſeien, erweitern ſich dadurch von ſelbſt die einzelnen Gerichtsbezirke, und wird eben damit der Zugang zu denſelben fernwohnenden Parteien erſchwert, ſo ergiebt ſich als Aequivalent gegen dieſe Nachtheile, die freie Befugniß derſelben ihren Rechtsſtreit auch bei dem näher gelegenen Amtsgericht erledigen zu laſſen. Dieſe Möglichkeit noch von der Einwilligung des betreffenden Richters abhängig zu machen, erſcheint nicht räthlich, wenn man erwägt, wie geneigt derſelbe regelmäßig ſein wird, ſeine Thätigkeit auf die an ſich zu ſeiner Zuſtändigkeit gehörigen Gegenſtände zu beſchränken. Die Gefahr einer möglichen Geſchäftsüberhäufung für die Amtsgerichte erſcheint unbedeutend angeſichts der auch in Hannover gemachten Erfahrung, daß in einer wichtigen Proceßſache, die Entſcheidung des Amtsgerichts doch nicht wohl vorgezogen wird, und daß die Parteien im Proceſſe gewöhnlich mehr oder weniger mißtrauiſch einander gegenüber treten, dieſelben daher häufig nicht unbedingt geneigt

2) ſ. Oppermann im Civil-Archiv Bd. 38. S. 20. cfr. 18.
Colpe „ „ Bd. 38. S. 264.
cfr. Raymond Bordeaux, philosophie de la procedure civile. Paris 1857. pag. 137 ff.

ſein werden, ihre Proceßſache der Enſcheidung des Amtsgerichts zu überlaſſen, und als letzte Inſtanz die kleinen Senate der Obergerichte zu nehmen. Die Zahl der eigentlich allein bedenklichen Prorogationen auf die Amtsgerichte wird ſich weiter noch mehr verringern, je vollſtändiger der vorzüglich dieſelben hervorrufende Grund die große Entfernung der Parteien vom Gerichte I. Inſtanz gehoben wird, was bei einem Lande mit dichterer Bevölkerung, als ſie ſich im Königreich Hannover findet, leicht zu bewerkſtelligen ſein wird.

Ob es daneben noch räthlich ja überhaupt möglich iſt, allgemein Verträge der Anwälte bezüglich der Prorogation geſetzlich für verboten und nichtig zu erklären mag dahin geſtellt bleiben. Wie in Hannover ſo wird ſich gewiß auch ſonſt überall die Sache gar bald von ſelbſt verbannen.

Ganz dieſelbe Freiheit des Parteiwillens ſtatuirt die Proceßordnung auch bei der Fürſorge für den Bevollmächtigungspunkt. [Proceßordg. §. 74 Reg. Motive zu §. 74. 78.] Derſelbe kann von der Gegenpartei in jeder Lage des Rechtsſtreits, von Amtswegen aber nur inſoweit geltend gemacht werden, als der Gegenpartei nicht Gelegenheit gewährt worden iſt, den Mangel der Vollmacht zu rügen, d. h. alſo bei einſeitigen Parteianträgen, auf welche das Gericht ſofort Verfügung erläßt[3]). Gegenüber der in älteren und neueren Geſetzgebungen angeordneten officiellen Fürſorge in dieſer Beziehung[4]) erſcheinen die hier aufgeſtellten Beſtimmungen neu, ſie ſind eine conſequente Folge der dem Richteramte überhaupt angewieſenen Sphäre, und haben in der Praxis überall noch zu keinen Unzuträglichkeiten geführt, wie aus einer Reihe von Berichten an das K. Juſtizminiſterium hervorgeht[5]). Dieſelben heben hervor, wie es für das Gericht weiter nicht mehr von Intereſſe ſei, in dieſer Hinſicht

3) Bericht des OAG. C. I. Senat 22. März 1855.
Oppermann, bürgerl. Proceßordg. ad §. 74.

4) S. Oldenburg'ſche Proceßordg. 2. Nov. 1857. §. 55.
Braunſchweig'ſche Proceßordg. 15. April 1850. §. 7.

5) Bericht des OAG. C. III. Senat vom 22. März 1855.
" " " " I. " " 17. Febr. 1855.

nachzuforschen, wenn einmal die Parteien gegenseitig ihre Bevollmächtigten anerkannt haben. [Bericht aus N. vom 26. März 1855.]

Bei den Gerichtsverhandlungen denen wir angewohnt haben, ist auch äußerst selten der Bevollmächtigungspunkt unter den Parteien zur Sprache gekommen. Die Anwälte legen sich gewöhnlich gleich bei Beginn eines Processes ihre Vollmachten vor, und damit ist der Gegenstand beeinigt. Im Obergerichtsbezirk Nienburg soll es zwar Anfangs häufig vorgekommen sein, daß Proceß-Vollmachten nicht zu den Akten gebracht wurden und die Gegenpartei deshalb den Bevollmächtigungspunkt rügte, allein auch von dorther wird schon unter dem 7. April 1855 die Einhaltung des eben besprochenen gewöhnlichen Verfahrens bezeugt.

(Fortsetzung folgt.)

Für die ordentliche Ersitzung der Emphyteusis und Superficies*).

Von

Herrn Francke.

Auditor zu Göttingen.

Ueber die Ersitzung des emphyteutischen Rechtes finden sich bei den Juristen früherer und jetziger Zeiten die verschiedensten Ansichten.

Zimmern, in seinen und Neustetels rr. Untersuchungen S. 127 und 128, Büchel, Erörterungen III. S. 148, Göschen, Civilrecht §. 324, Schilling, Inst. §. 180 S. 598,

---

*) Inhalts-Uebersicht. I. Die mannichfachen Ansichten über die Ersitzung der Superficies und Emphyteusis (S. 116—118.) — II. Auf dieselbe sind nicht zu beziehen: l. 11 C. 11, 61. l. 7 §. 12 D. 41, 3 nebst §. 30 J. 2, 1. l. 26 u. 39 D. eod. l. 8 C. 7, 29. (S. 119—121). — III. l. 12 §. 2. u. 3 D. 6, 2 in ihrer ursprünglichen Bedeutung. A) §. 2: 1) In vectigalibus. Nicht Provinzialland ist zu verstehen, besonders weil die Publiciana stets die Fiction einer usucapio enthielt und nur möglich war, wo es zugleich solche war. (S. 121—124). Die alia praedia. Bedeutung des quae usucapi non possunt. Es ist falsch von der Unstatthaftigkeit der Ersitzung und überhaupt des Erwerbes von Eigenthum an bestimmten Sachen immer auf solche der Ersitzung und des Erwerbes der Emphyteusis u. dgl. an ihnen schließen zu wollen. (S 124—127.) 2) Bedeutnng und Sinn des ganzen §. 2. Vertheidigung des angenommenen Sinnes gegen die Angriffe von Zimmern und Pepin